

DO ARBÍTRIO À RACIONALIDADE DO DIREITO PENAL

Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho*

RESUMO: O Estado Democrático de Direito pressupõe que a ordem jurídica representa o limite do poder do Estado, sobretudo quando pautado em garantias penais constitucionais, as quais visam a proteção da liberdade do indivíduo, preservando-o, ademais, em sua dignidade humana. Com efeito, a evolução do sistema penal moderno revela que o garantismo penal é incompatível com os Estados autoritários e totalitários, já que munido de uma série de garantias penais e processuais penais, inclusive de índole constitucional, revelando um direito penal com mínima ingerência tolerável do Estado na esfera individual, abolindo-se, sobremaneira, o arbítrio em sua trajetória rumo à racionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal. Garantismo. Dignidade Humana. Constituição Federal. Racionalidade.

1. INTRODUÇÃO

O exercício do poder punitivo pelo Estado sempre foi objeto de estudo e questionamento, já que é através dele que o indivíduo se vê tolhido de um dos mais caros bens que lhe é peculiar, a liberdade.

A intervenção penal é violenta, seletiva, discriminatória e estigmatizante.

A pergunta que mais reflete a inquietude doutrinária ideológica que aflige as discussões teóricas e filosóficas a respeito do tema consiste em

* Juíza de Direito integrante do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Graduada pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduada no Curso de Especialização lato sensu em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada no Curso de Especialização em Ciências Penais (UNISUL). Pós-graduada em direito penal e processual penal pela Faculdade de Sergipe (FASE). Autora do livro *Crimes Hediondos e a Lei 11.464/2007*, editado pela EVOCATI. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora de Deontologia Jurídica, Ética e Código de Ética da Magistratura. Mestranda em Direito, com foco em estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade, pela Universidade Federal de Sergipe. O presente artigo foi elaborado após breve pesquisa no âmbito da disciplina Constitucionalização do Direito Penal ofertada no Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, sob orientação da Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes.

saber por que é necessária a punição e se ela é mesmo eficaz.

De qualquer sorte, sem que adentremos no debate existente entre “abolicionistas” e “justificacionistas” do direito penal, este questionamento deriva da ideia de necessidade ou utilidade da intervenção penal, com suas razões e limites.

Saber por que, quando, como e em que medida é possível admitir-se a ingerência punitiva do Estado é o eixo central sobre o qual se desenvolve a problemática.

Ademais, o Estado Democrático de Direito pressupõe que a ordem jurídica representa o limite do poder do Estado, sobretudo quando pautado em garantias penais constitucionais, as quais visam a proteção da liberdade do indivíduo, preservando-o, ademais, em sua dignidade humana.

A discussão acerca dos limites da intervenção penal, destarte, pertine aos limites da dignidade humana, já que é através do direito penal que o Estado atinge de forma mais acentuada a esfera dos direitos fundamentais do homem.

Com efeito, a evolução do sistema penal moderno revela que o garantismo penal é incompatível com os Estados autoritários e totalitários, já que munido de uma série de garantias penais e processuais penais, inclusive de índole constitucional, revelando um direito penal com mínima ingerência tolerável do Estado na esfera individual, abolindo-se, sobremaneira, o arbítrio em sua trajetória rumo à racionalidade.

2. JUSTIFICAÇÃO E GARANTISMO

2.1 SISTEMAS DE CONTROLE SOCIAL: DO ARBÍTRIO À RACIONALIDADE

Segundo Luigi Ferrajoli, em alternativa ao direito penal, há quatro possíveis sistemas de controle social, ressaltando ele que nem todos entre si são incompatíveis, mas, em igual medida, são privados de qualquer garantia contra a prepotência e o arbítrio.

Destaca o renomado autor como tipos de sistemas de controle social a sociedade selvagem, o Estado selvagem, a sociedade disciplinar e o Estado disciplinar.

Estas modalidades transparecem o exercício da vingança, arbítrio e

vigilância total.

Em contraposição, o direito penal que, segundo ainda o escólio de Ferrajoli “(...) com aparente paradoxo, configura-se como uma técnica de controle que garante, com a liberdade física de infringir a lei pagando o preço da pena, a liberdade de todos”.¹

Verifica-se, portanto, que ao contrário do sistema de arbítrio oriundo dos controles sociais, o direito penal funciona como verdadeira ferramenta que garante ao indivíduo a certeza de que ao violar a lei e a ordem social, ser-lhe-á aplicada uma pena como retribuição do injusto, previamente fixada pelo ordenamento jurídico, rechaçando-se o arbítrio e a surpresa ao indivíduo.

Ainda na lição de Luigi Ferrajoli:

É evidente, se considerarmos as alternativas constituídas por estas quatro formas de repressão incontrolada ou oculta, a finalidade justificante do direito penal enquanto sistema racional de minimização da violência e do arbítrio punitivo, bem como da exponenciação da liberdade e da segurança dos cidadãos. A ideia de que um sistema racional de penas, embora sempre aflitivas, possua a finalidade de minimizar as penas informais e grandemente mais aflitivas que de outro modo se produziriam pode parecer um paradoxo somente para aqueles que tiverem esquecido o caráter “artificial” do direito penal a ponto de considerá-lo pouco mais que um fenômeno natural.²

Com efeito, é evidente que a proibição e a repressão penais produzem restrições da liberdade incomparavelmente menores do que aquelas que seriam necessárias, para o mesmo fim, somente com a prevenção policial, talvez integrada pela prevenção especial, seja porque a repressão dos comportamentos proibidos atinge somente a liberdade dos possíveis transgressores e a prevenção policial atinge a de todos, seja porque uma intervém apenas ex post, em presença de fatos predeterminados, enquanto a outra intervém

ex ante, bastando a presença do perigo de futuros delitos, perigo este que pode ser inferido por indícios indeterminados e indetermináveis normativamente.³

Contudo, apesar da justificativa da tutela penal diante do arbítrio, necessária se faz também a diferenciação entre positivismo e garantismo penal, ressaltando que a trajetória de evolução do sistema punitivo visa sempre a salvaguarda da dignidade humana.

2.2 O POSITIVISMO E O GARANTISMO

Indaga-se se a pura e simples previsão de delitos e penas, mediante um sistema positivo seria suficiente ao cumprimento da função garantista.

Discorre Ricardo Brito A. P. Freitas que:

O garantismo penal resulta, conforme demonstrei, de uma penosa evolução, cuja gênese se encontra no iluminismo contratualista beccariano e culmina com as formulações de Carrara. O positivismo, por seu turno, traduz, pelo contrário, uma concepção penal adequada aos Estados autoritários/totalitários onde o indivíduo não possui a condição de cidadão, de pessoa portadora de direitos inalienáveis e indispensáveis ao desenvolvimento integral da sua personalidade. A concepção positivista implica um direito penal máximo, onde o Estado exerce o poder de punir, de forma excessivamente abrangente, com o sacrifício das garantias penais mais elementares. O direito penal positivista é, portanto, um direito de intervenção máxima e não de intervenção mínima.⁴

Conclui-se, assim, que não basta somente a positivação do direito penal mediante a previsão de leis que estabelecem previamente delitos e penas. Mais que um direito posto, o sistema jurídico penal deve estar pautado na preservação da dignidade humana e implementação dos

preceitos constitucionais.

Hodiernamente, as relações entre Direito Penal e Constituição estão cada vez mais estreitas, havendo constante influxo do constitucionalismo no conteúdo do direito penal.

A Constituição Federal constitui-se em estrutura que fundamenta e legitima o sistema penal, pois nela estão contidos os princípios penais fundamentais, representando um verdadeiro instrumento de contenção a todo o estado de polícia já referido.

Os princípios e regras da intervenção penal devem estar adstritos às diretrizes básicas da ordem constitucional, sendo que a vulnerabilidade desarrazoada dos direitos fundamentais deve ser enquadrada como inconstitucional.

2.3 RACIONALIDADE E DIREITO PENAL

Luigi Ferrajoli em sua obra intitulada *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, contribui doutrinariamente com uma reflexão acerca da crise de legitimidade dos sistemas penais contemporâneos.

Ao desenvolver o tema em epígrafe, pondera que a palavra “razão” pode ser entendida em três sentidos diversos, os quais correspondem as três ordens de fundamentos do direito penal.

O objetivo deste trabalho, que não tem a pretensão de esgotar o tema, visa ao estudo de um dos aspectos apontados, especificamente no tocante ao sentido normativo e jurídico, o qual pertence à ciência penal.

Quando se analisa o termo “razão” a partir do sentido normativo ou jurídico se extrai a ideia de validade e coerência lógica interna de cada sistema penal positivo entre os seus princípios normativos superiores e as suas normas e as suas práticas inferiores.

Assim, aduz Ferrajoli que:

O modelo penal garantista foi, de fato, recebido, mesmo que de maneira sumária e lacunosa, pelo nosso ordenamento constitucional como pelos outros sistemas jurídicos evoluídos; e representa ainda, em tal medida, o fundamento interno ou jurídico da legitimidade da legislação e da jurisdição penal, que vale a vincular normativamente a coerência com os seus princípios. É, portanto, além

de um modelo racional de justificação, também um modelo constitucional de legalidade: idôneo a limitar e ao mesmo tempo convalidar ou invalidar a potestade punitiva com razões de direito, isto é, de legitimação interna, tanto quanto condicional juridicamente seu válido exercício somente à prova dos comportamentos validamente proibidos pela lei sobre a base dos critérios ético-políticos de legitimação externa produzidos pelas próprias normas constitucionais.⁵

Verifica-se, portanto, que a questão da validade das leis penais é problema de extrema relevância quando do estudo da ciência penal, sobretudo em um ordenamento dotado de direitos fundamentais de liberdade.

O poder punitivo deve ser limitado de modo a permitir a cada indivíduo a máxima liberdade compatível com a igual liberdade de todos os demais.

E esta antítese, liberdade-poder, é que fornece o fundamento primordial da racionalidade frente ao arbítrio, ou seja, a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder.

Ademais, a estipulação de garantias, especificamente as penais, são vínculos normativos idôneos assecuratórios da efetividade dos direitos subjetivos e a máxima correspondência entre normatividade e efetividade da tutela dos direitos.

A questão da validade das leis penais não deve se restringir, portanto, ao aspecto puramente formal, mas, ao contrário, deve ser preservada também no aspecto substancial.

Sobre o tema, discorre Ricardo de Brito A. P. Freitas que:

Percebe-se, outrossim, ser o garantismo penal uma ideologia jurídica compatível com todas as gerações de direitos humanos e até mesmo uma condição para o seu reconhecimento pelo Estado, bem como para o seu exercício pleno, apesar de encontrar-se vinculado, mas apenas pela sua origem, de certa maneira, pela sua natureza, aos

direitos individuais fundamentais, tais como a vida, a integridade física e a liberdade em suas variadas manifestações. Na verdade, pode-se concluir ser impossível a existência efetiva dos direitos humanos, inclusive dos direitos políticos e direitos socioeconômicos, quando inexistem garantias penais que permitam a existência das liberdades individuais. Desse modo, quanto mais garantista for um sistema penal, maior a probabilidade de respeito por parte do Estado aos direitos fundamentais em seu conjunto. Dito de outra forma, um sistema penal movido pelos princípios garantistas permite um controle social onde a repressão é exercida com um mínimo de rigor possível e necessário, logo, com um menor risco de lesão aos direitos humanos. Em sentido contrário, afastando-se do garantismo, o sistema penal exerce um controle social autoritário, o que se dá mediante a observância de normas penais, processuais penais e administrativas draconianas ou, o que é pior, atua em boa medida à margem da legalidade, como ocorre em nosso país. No Brasil, de fato, a ilegalidade é tão frequente que nos autoriza a considerá-la usual e a encarar o abuso de poder como o modo padrão de atuação do aparelho repressivo do Estado. Com efeito, nada pode existir de mais antigarantista que um sistema penal que convive tranquilamente com a ilegalidade endêmica representada nos casos mais graves pela eliminação física pura e simples dos indivíduos, tortura, prisões ilegais e violações de domicílio.⁶

O garantismo, em suma, opõe-se sobremaneira ao mero legalismo ou formalismo, visando como escopo primordial a satisfação dos direitos fundamentais.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O Estado Democrático de Direito pressupõe que a ordem jurídica

representa o limite do poder do Estado, sobretudo quando pautado em garantias penais constitucionais, as quais visam a proteção da liberdade do indivíduo, preservando-o, ademais, em sua dignidade humana.

Denota-se que, hodiernamente, está ocorrendo verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, consequência da evolução da ciência constitucional.

Este fenômeno, mais conhecido como constitucionalização do Direito, permite não somente a releitura de conceitos e institutos jurídicos, mas também a elaboração e desenvolvimento de novas categorias jurídicas e a interação dos diferentes campos da ciência jurídica.

Destarte, a Carta Magna assume atualmente papel de unificação do sistema jurídico, mediante a imposição de seus princípios de normas aos demais ramos do ordenamento jurídico, mediante processos de filtragem constitucional.

É cogente, assim, que se compreenda a estrutura interna de uma norma que compõe um determinado ramo do direito a partir da legalidade constitucional.

Em relação a normas penais infraconstitucionais, o mesmo imperativo deve ser observado, já que observamos um processo paulatino de constitucionalização de bens jurídico-penais, dentre os quais se insere a preservação da dignidade humana.

Sobre o assunto, Luiz Regis Prado:

Nesse contexto, a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. A tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia.⁷

Com efeito, denota-se que o sistema normativo penal tem como fundamento de validade jurídica e de legitimidade os princípios penais constitucionais, os quais representam os fins e os limites do Estado de Direito.

4. GARANTISMO PENAL E O ESTADO TOTALITÁRIO/AUTORITÁRIO

A evolução do sistema penal moderno revela que o garantismo penal é incompatível com os Estados autoritários e totalitários, já que munido de uma série de garantias penais e processuais penais, inclusive de índole constitucional, revelando um direito penal com mínima ingerência tolerável do Estado na esfera individual, abolindo-se, sobremaneira, o arbítrio em sua trajetória rumo à racionalidade.

O intervencionismo do Estado pode resultar, portanto, em duas vertentes distintas que orientam a sistemática penal, quais sejam, a totalitária e a garantista.

Segundo Ricardo de Brito A. P. Freitas:

O Direito Penal do Estado Totalitário é um instrumento voltado para o controle social por meio do terror, em que o indivíduo não é um fim de sua atuação. No Estado social e democrático de direito, por assimilar a noção integral dos direitos humanos e os valores preservados pelo garantismo, o exercício do jus puniendi não pode anular as garantias próprias do Estado de Direito, isto é, as que giram em torno do princípio da legalidade, e, por outro lado, deve assegurar um serviço real a toda a sociedade⁸. Por seu turno, os modelos totalitários/autoritários de direito penal estão relacionados a esquemas fundados em certas teorias da defesa social nas quais a pena possui determinada função de prevenção especial. Ademais, trata-se de um direito penal fundado no tipo normativo do autor.⁹

Esta reflexão conduz ao pensamento de que em Estados Totalitários/Autoritários há uma íntima correspondência do sistema com um tipo de direito penal intitulado do inimigo, no qual não são preservados os direitos do homem e as garantias do indivíduo moderno.

Ao contrário, hodiernamente vivemos com medo, em uma sociedade de riscos, o que traduz a atual tendência de expansão do direito penal

servindo a pena de salvaguarda da sociedade através da neutralização dos considerados inimigos sociais.

Luiz Gracia Martín discorre sobre o tema:

(...) o discurso atual do Direito Penal do inimigo se articula em torno do paradigma da perda do seu status pelo inimigo, a quem é negada a condição de pessoa ou de cidadão. Isso significa que o inimigo é excluído da sociedade e do Estado. (...) Pois bem, a ideia da carência ou privação do status e da exclusão ou eliminação está presente também no discurso histórico, e além do mais, de um modo especialmente acentuado. Protágoras propõe a eliminação do sujeito, o que implica que antes esse estaria dentro da sociedade, e o sofista do Anônimo de Jâmblico aponta a submissão e a escravização do sujeito, de modo que é possível entender que ele parte da premissa de que este estava excluído por não se ter submetido previamente à lei. Tomás de Aquino sugere a eliminação ou exclusão do pecador mediante sua morte, como se fosse um animal. Rousseau nega ao sujeito a condição de pessoa ou de cidadão, e o exclui da cidadania mediante sua morte ou seu exílio, como consequência do processo e, portanto, a posteriori. Fichte priva o réu de assassinato premeditado de todos os direitos de cidadão e de ser humano – e o degrada e equipara a uma coisa ou a uma cabeça de gado –, e o exclui a posteriori, com a morte. Kant parece considerar as duas possibilidades, a saber, que o sujeito já se encontre em um estado de natureza – caso em que já estaria de antemão excluído da cidadania e seria possível realizar contra ele atos de hostilidade – ou que se encontre em estado legítimo (de cidadão), no entanto não ofereça segurança, caso em que será excluído mediante atos de hostilidade e assim será privado do status. Finalmente, em

Hobbes, o inimigo carece da condição de cidadão e está sempre excluído, seja porque nunca esteve vinculado ao pacto de obediência seja porque renuncia posteriormente a sua observância ou cumprimento. Nesse aspecto, definitivamente, o discurso histórico em nada difere do discurso presente.¹⁰

Tais ponderações levam à conclusão de que, devido à crise de segurança da sociedade em tempos hodiernos, devido aos riscos inerentes à modernidade, há uma necessidade de expansão do direito penal, com a criação de tipos penais abertos e de perigo, abarcando-se uma categoria de indivíduos selecionados.

O Direito Penal caminha para um modelo de gestão eficiente de determinados problemas sociais, sem qualquer conexão com os valores e bens jurídicos previstos constitucionalmente e com grande medida de intolerância dos desvios puníveis.

Tal tendência está em total desconformidade com os objetivos justificantes do direito penal, na medida em que afronta diametralmente os valores garantidos ao indivíduo, sobretudo em nível constitucional.

Ensina Luigi Ferrajoli que:

Um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária na sociedade. E atinge tal objetivo à medida que satisfaz as garantias penais e processuais do direito penal mínimo. Estas garantias se configuram, portanto, como outras condições de justificação do direito penal, no sentido que somente a atuação destas vale para satisfazer-lhes os objetivos justificantes. Obviamente, isto quer dizer que, para tais objetivos, não se justificam meios violentos alternativos ao direito penal e às suas garantias, nem tampouco que o direito penal é o único meio, e nem mesmo o mais importante, para prevenir delitos e reduzir a violência arbitrária. Ao contrário, o progresso de um sistema político se mede pela sua capacidade de simplesmente tolerar a desviação enquanto

sinal e produto de tensões e disfunções sociais não resolvidas, e, por outro lado, de preveni-la sem meios punitivos ou não liberais removendo-lhe as causas materiais.¹¹

Ressalte-se que todas as normas penais, dado o caráter infraconstitucional, devem retirar o seu fundamento de validade na Constituição Federal, sob pena de estarem condenadas ao vício de inconstitucionalidade.

É a partir da efetivação dos direitos e garantias penais que o sistema penal se ampara validamente na ordem jurídica.

5. CONCLUSÃO

Como uma das alternativas de controle social, surge o Direito Penal como instrumento que, mediante a contraditória imposição de uma pena a transgressões de normas de comportamento impostas, fato sacrifica em alguma medida a liberdade individual, assegura de certa forma esta mesma liberdade, bem jurídico conquistado historicamente de extrema relevância para a sobrevivência humana.

Da situação em certo ponto antepassada do arbítrio, surge a necessidade de racionalização da ciência penal, mediante a imposição de limites de atuação à intervenção punitiva estatal.

Neste contexto é que se traduz a relevância da questão da validade das leis penais diante de um ordenamento jurídico dotado de direitos fundamentais e suas garantias, de índole constitucional.

Daí porque a reconstrução da dogmática jurídica como consequência da evolução da ciência constitucional, mediante o fenômeno da constitucionalização do Direito, permite não somente a releitura de conceitos e institutos jurídicos, mas também a elaboração e desenvolvimento de novas categorias jurídicas e a interação dos diferentes campos da ciência jurídica.

Na esfera penal, tais preceitos constitucionais trazem premissas essenciais ao indivíduo, materializadas em garantias, as quais devem ser asseguradas quando da persecução penal em todas as fases que a integram.

Pensamentos contrários apontam para um caminho de incompatibilidade com a sistemática garantista e com a ordem

jurídica fundamental, consagrada em um documento escrito, que é a Constituição Federal.

Nesta esteira, impõe-se a conclusão de que em regimes totalitários/autoritários, em que não constitui premissa a preservação do status do indivíduo como tal considerado, há total incompatibilidade com o sistema de garantias e, conseqüentemente, com a Estado Democrático de Direito consubstanciado mediante uma Lei Maior assecuratória da liberdade do indivíduo e, mais ainda, na dignidade humana.

Resta, portanto, a conclusão de que a tendência hodierna de uma sociedade insegura e frágil, desejosa quanto à expansão do direito penal, não deve justificar o massacre do respeito ao ser humano, em toda a sua plenitude, sob pena de regresso da história evolutiva da ciência penal, notadamente em relação à justificação e adoção de meios de controle social arbitrários em detrimento dos direitos humanos conquistados durante a evolução de todo o sistema punitivo, os quais se impõem já que assegurados pela Lei Maior.

Em suma, do arbítrio, o direito penal caminhou em toda a sua evolução para a racionalidade, mediante a estipulação de garantias aos indivíduos em prol da liberdade e contra a intervenção punitiva estatal, asseguradas constitucionalmente.

E a trajetória evolutiva continua rumo à manutenção de tais valores conquistados, apesar de existir uma tendência atual, em uma sociedade compreendida como de riscos, em expandir o direito penal mediante a previsão de tipos penais de perigo em detrimento das previsões constitucionais em relação aos bens jurídicos relevantes, com características cada vez mais aproximadas de um direito penal do inimigo.

FROM THE WILL TO THE RACIONALITY OF THE CRIMINAL LAW

ABSTRACT: The democratic rule of law presupposes that the legal system is the limit of state power, especially when guided by constitutional guarantees criminal, which aim to protect individual liberty, preserving it, moreover, in their human dignity. Indeed, the evolution of the modern penal system reveals that the criminal guaranteeism is incompatible with authoritarian and totalitarian states, as provided in a series of criminal and criminal procedural guarantees, including constitutional

nature, revealing a criminal law with minimal interference tolerable State in the individual sphere, abolishing itself, greatly, the agency in its path towards rationality.

KEYWORDS: Criminal law. Guaranteeism. Human Dignity. Constitution. Rationality.

Notas

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*/Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio – 3 ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 315.

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*/Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio – 3 ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 316 e 317

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*/Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio – 3 ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 315.

⁴ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 206

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*/Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio – 3 ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

⁶ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012., p. 340 e 341

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 73-74.

⁸ MIR PUIG. *El derecho penal em el estado social y democrático de derecho*, p. 37.

⁹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 30.

¹⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*/ Luis Gracia Martín; tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho; prefácio José Ignacio Lacasta – Zabala – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.- (Série ciência do direito penal contemporâneo; v. 10), p. 124, 125.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*/Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio – 3 ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 318.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Revista de Direito Administrativo, v. 240. Rio de Janeiro:

Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*; São Paulo: Saraiva, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal/Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio – 3 ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

GRACIA MARTÍN, LUIS. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*/Luis Gracia Martín; tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho; prefácio José Ignacio Lacasta – Zabalza – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.- (Série ciência do direito penal contemporâneo; v. 10).

GRACIA MARTÍN, LUIS. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*/Luis Gracia Martín; apresentação do Prof. Dr. Bernd Schünemann; tradução de Érika Mendes de Carvalho – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed. 2005.

MIR PUIG. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, p. 37.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*/Jesus-Maria Silva Sánchez; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha – 2 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 – (direito e ciências afins; v. 6 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira)